rator des Kirchenkastens, über seine eigene Handlungen, ableisten [108]; die Verweigerung machte ihn jedenfalls verantwortlich, weil, wenn er mit gutem Gewissen den Eid nicht ableisten konnte, er schon seine nachläßige Geschäftsverwaltung zugestand, wenn er aber blos aus anderen Gründen den Eid ablehnte, den Kirchenkasten durch eine Pflichtverletzung in Schaden brachte. Läßt man im concreten Falle dem Kastenmeister den Beweis der Einrede nach, so braucht er nur die früher von dem Kirchenkasten benutzten Beweismittel zur Hand zu nehmen, um so viel zu beweisen, daß er zum Erfüllungseide gelassen wird, sodann diesen auszuschwören, und der Kirchenkasten wäre um seine Ansprüche sowohl gegen den Gläubiger, als gegen den Kastenmeister gebracht. Eine solche Theorie wäre auch so recht tüchtig, um jeder Art von Collussion zwischen einem Mandatarius und denjenigen, mit welchen er Namens eines Dritten (des Mandanten) Geschäfte abschließt, zu begünstigen.

II.

Einiges zur Lehre von der Verjährung der Klagen.

Von v. Löhr.

1.

Justinian hatte bekanntlich den Kirchen und milden Stiftungen das Vorrecht gegeben, daß ihre Klagen nur dann durch Verjährung ausgeschlossen würden, wenn länger als

108) Arg. Const. 5. de R. C. 4. 1. „Idem, si inficietur, ad jusiurandum (ut desideras) tutorem adiget." *Leyser* M. ad P. T. II. Sp. 136. M. 4. Strube R. Bd. IV. 34. §. 2. *Malblanc* de iureiur. §. 42. 95.

hundert Jahre ihre Anstellung unterlassen worden wäre. Indem er diese Begünstigung wieder aufhebt, äußert er sich auf die folgende Weise:

> Dudum — jusseramus ad centum illis (den Kirchen) annos exceptionis propagari curricula, per cujus licentiam sanctionis negotia quidem multa commota sunt, et velut antiquorum vulnerum obductae patuerunt iterum cicatrices: sed eorum sanitas provenire non potuit, probationum scilicet difficultatibus impedita: quoniam per tantum seculi magis quam temporis spatium, nec documentis integritas, nec actis fides, nec aetas valet testibus suffragari [1]).

Aus den so eben angegebenen Worten pflegt man in den neueren Zeiten zu folgern, daß die Extinctiv-Verjährung nicht als Strafe der Nachläßigkeit des Klägers zu betrachten sey, vielmehr allein aus den von Justinian angegebenen Gründen Statt finde.

Es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß die Verordnung von Theodos [2]) zunächst beabsichtigte, Rechtsunsicherheit und alte Processe zum Vortheile der Beklagten zu entfernen [3]), die nur zu leicht durch unverschuldete Unwissenheit oder Mangel der Beweise der gebührenden Vertheidigung beraubt seyn konnten [4]), und zu verhindern, daß nicht Klagen in betrügerischer Absicht lange anzustellen unterlassen und dann aus Chicane hervorgesucht würden. Dies hindert jedoch nicht, daß schon Theodos

1) Nov. 111. in praef. in fin.

2) c. 3. C. 7, 39 — c. 1. C. Th. 4, 14.

3) Wie hätte sonst verordnet werden können, daß nicht sexus fragilitas, nicht absentia, nicht militia, nicht minor aetas, sondern nur die Unmündigkeit den Kläger entschuldigen solle?

4) ... Juvat itaque, juris perpetui — vagas aeternasque calumnias, et nullo temporum fine conclusas certis et designatis terminis limitare. Quam nobis necessitatem ferendae legis justa imposuit querimonia plurimorum. Quis ferat,

auch die desidia des Klägers im Auge hatte [5]. Auf keinen Fall kann diese besondere Rücksicht in Justinians Compilation bezweifelt werden. Ich will mich zum Beweise dieses Satzes nicht auf Justinians Verordnungen über den Anfang der Extinctiv-Verjährung bey den, vom Vater veräußerten, Adventitien [6], den, vom Manne veräußerten, res dotales [7], den bedingt legirten, vom Erben veräußerten, Sachen [8]) berufen, obschon auch diese Verfügungen zum Theile auf diesem Gesichtspuncte zu beruhen scheinen; sondern nur allein auf deutliche Verordnungen dieses Kaisers gründen. In der c. 2. C. 7, 40. sagt Justinian ausdrücklich, er wolle, daß bey der Klagen-Verjährung inter desides et vigilantes ein Unterschied Statt finden solle und giebt daher dem Kläger die Befugniß, wenn er aus Gründen in der

institui urgia, quae avi ac proavi nescierunt? Quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec secula in infinitum transacta defendunt? Nov. Val. 8 (in der Berliner Ausgabe No. 70. pr.) — Nov. Valent. 12 (Berl. Ausg. No. 78 §. 12. 13.)

5) Verum ne qua otioso nimis ac desidi querimonia relinquatur — c. 1. §. 5. C. 4, 14.

6) Sancimus, filiis familias — nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem movere potuerint. — *Quis enim incusare eos poterit*, si hoc non fecerint, quod etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant? c. 1. in fin. C. 7, 40.

7) c. 30. C. 5, 12. (Man hat in neuern Zeiten, um das von mir im Magazin B. 4. S. 70—76 u. in diesem Archiv B. 5. S. 295 N. 33. Gesagte zu entkräften, behauptet, durch diese Constitution sey verordnet, die res dotales, welche der Mann nicht veräußert habe, sollten mit Trennung der Ehe ipso jure an die Frau zurückfallen (auch die aestimatae?); an den veräußerten gebe das Gesetz ein Pfandrecht. Daß diese Erklärung unstatthaft sey, dies ergiebt wohl schon die Ansicht des Gesetzes. — Ebenso bedarf es keiner Bemerkung, daß vor diesem Gesetze von keinem Rückfalle die Rede seyn konnte). s. v. Jungenfeldt über das Pfandrecht an eigner Sache §. 16.

8) c. 3. §. 3. C. 6, 43.

Person des Beklagten keinen Proceß anfangen könne, die Präscription durch Einreichung oder Anschlagen der Klageschrift zu unterbrechen. Dieser Unterbrechung wird in der c. 3. C. eod. eine sehr große Ausdehnung gegeben und dabey gesagt, dies finde Statt, *cum contra desides homines, et sui juris contemtores odiosae exceptiones oppositae sint*, d. i., wie schon Cujacius bemerkt, da die temporalis exceptio in odium der desides eingeführt sey. — Mit dieser Bemerkung ist denn nun freylich nicht geläugnet, daß auch noch andere, selbst gesetzlich anerkannte, Gründe der Extinctiv=Verjährung vorhanden seyen.

Durch die im Anfange dieses Aufsatzes angeführten Worte kann das so eben Bewiesene nicht entkräftet werden. Wenn auch wirklich in der Novelle ein Grund der Extinctiv-Verjährung angegeben wäre und wenn auch auf solche, in den motivirenden Vorreden zu einem Gesetze vorkommenden, Aeußerungen das größte Gewicht gelegt werden könnte; so würde dennoch hierdurch nur bewiesen seyn, daß in dem Zeitraume eines Jahrhunderts Existenz und Glaubwürdigkeit der Beweismittel sich verliere und daß darum die Dauer der Klagen auf eine kürzere Zeit zu beschränken sey. Daß nicht noch ein anderer Grund der Klagen=Verjährung daneben Statt finde: dies würde auch unter den oben als wahr angenommenen Voraussetzungen nicht folgen. Die angeführte Stelle sagt übrigens Etwas ganz Anderes, als oben angegeben wurde. Sie sagt, die den Kirchen gestattete hundertjährige Frist habe viele Processe erzeugt, aber den Kirchen Nichts genützt, weil sie aus Mangel an Beweis nicht hätten durchdringen können. Darum hebe Justinian dieses Privilegium auf.

2.

Die res dotales sollen der ordentlichen Verjährung, die Klagen wegen denselben der Extinctiv=Verjährung entzogen seyn. Das erste ist bey den beweglichen, in dotem gegebe-

nen, Sachen gewiß ungegründet, da diese ja sogar von dem Manne giltig veräußert werden können: auch bey den unbeweglichen Sachen, wenn sie der Mann giltig veräußern kann, muß dasselbe gelten. Aber auch andere Immobilien konnten nach dem Pandectenrechte usucapirt werden. Nur die Revocation des von dem Ehemanne nichtig veräußerten fundus dotalis läßt sich für die ältere Zeit vertheidigen [9]). Das neuere Recht scheint hier so wenig Etwas geändert, als die Unverjährbarkeit der Klagen eingeführt zu haben. Das Gesetz von Justinian (s. o. S. 68. Not. 7.) führt zum Vortheile der Frau ein gesetzliches Pfandrecht an den res dotales ein und verordnet, daß die hieraus entstehenden Klagen erst von dem Augenblicke an verjähren sollen, in welchem die Frau die dos zurückfordern kann [9a]). Bey der dos receptitia, wo dieses Pfandrecht nicht eintritt, fällt sonach die ganze Verfügung hinweg, bey jeder andern bezieht sie sich nur hierauf und ist nur eine Folge von dem, was Justin ganz allgemein verordnet hat [10]).

3.

Allerdings sagt Theodos, indem er die dreyßigjährige Verjährung einführt, die in dieser Zeit nicht angestellten Klagen »vivendi ulterius non habeant facultatem« »extinguantur« »nulli *movendi* ulterius facultatem competere censemus« [11]). Ebenso stellen auch andere Constitutionen den Inhalt dieser Verordnung nur allein auf das

9) fr. 16. D. 23, 5.

9a) Diese Klagen sind die, einem jeden Pfandgläubiger zustehende, utilis vindicatio und die hypothecaria actio, wie ich niemals geläugnet habe. Warum diese *in rem actiones* nur gegen den Ehemann sollen angestellt werden können? Dies kann ich nicht recht einsehen.

10) c. 7. §. 4. C. 7, 39.

11) c. 3. C. 7, 39 (diese Constitution steht im Theodosischen Codex unter der Rubrik: de *actionibus* certo tempore *finiendis*).

Klagerecht [12]). Hieraus läßt sich jedoch nicht folgern, daß das Klagerecht durch den Ablauf der Zeit *ipso jure* erlösche. Schon Theodos sagt in den Worten, durch welche er seine Neuerung einführt, si qua res vel jus aliquod *postuletur*, vel persona *qualicunque actione vel persecutione pulsetur: nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda.* Eodem etiam jure in ejus persona valente, qui pignus vel hypothecam — *nititur vindicare.* Er spricht sonach deutlich aus, daß die Beendigung des Klagerechts durch eine peremtorische Exception, die temporalis praescriptio, herbeygeführt werden solle.

Dasselbe geht deutlich aus der Rubrik des einschlagenden Titels des Justinianschen Codex, de *praescriptione* triginta vel quadraginta annorum, dann aus einer Menge von Stellen, namentlich den schon oben angeführten, hervor. Anastas stellt deutlich den Verlust der Klagen durch Ablauf von 30 Jahren unter die *exceptiones* temporales [13]) und bestimmt eben so klar zwey Fälle, in welchen die temporalis *praescriptio* von 40 Jahren nicht opponirt werden kann [14]). Justin spricht in der oben angegebenen Verordnung sehr deutlich den Gesichtspunct aus, daß das

---

12) . . . post triginta annorum curricula nulla deinceps *actio moveatur.* — Nov. Valent. 8. §. 4. — *actionem* — annorum triginta *finiri* spatiis — c. 7. pr. C. 7, 39 — hypothecarum *persecutionem* — non ultra 40 annos — prorogari — c. 7. §. 1. C. eod. — Jubemus omnes personales *actiones* — triginta annorum spatiis concludi. — Nemo itaque audeat neque *actionis* familiae erciscundae, neque — *alterius cujuscunque personalis actionis* vitam longiorem esse triginta annis interpretari, sed — post memoratum tempus *finiri* — c. 1. §. 1. C. 7, 40 u. a.

13) c. 4. C. 7, 39.

14) c. 5. 6. C. 7, 39.

Klagerecht per exceptionem vernichtet werde [15]. Justinian bezeugt dasselbe mehr wie einmal [16].

Hieraus geht, meiner Ansicht nach, hervor, daß die Meinung Derjenigen gegründet ist, welche behaupten, daß durch die Extinctiv-Verjährung das ganze Recht des Klägers *per exceptionem* erlösche [17].

Es ist allgemeiner Rechtsgrundsatz, daß nur Derjenige creditor genannt werden könne, dem keine exceptio pe-

15) — non posse creditori anteriori triginta annorum *exceptionem opponi*, sed locum esse quadraginta annorum *praescriptioni* — posse triginta annorum *opponere praescriptionem* — tunc quadraginta annorum *exceptionis* jura tractari — creditorem *repellere* poterat — possessionis *praescriptionem* — *praescriptiones* triginta vel quadraginta annorum, quae personalibus vel hypothecariis *actionibus opponuntur* — curricula *praescriptionum* personalibus itidem *actionibus* vel hypothecariis *opponendarum* — c. 7. §. 2. 3. 4. C. 7, 39.

16) — *Exceptione* 30 vel 40 annorum expulsus est — memoratae *exceptionis* necessitate expulsus est — quod prior possessor 30 vel 40 annorum *exceptione* eum removerat: nisi ipse injustus possessor 30 vel 40 annorum — *exceptione* munitus est. c. 8. § 1. C. 7, 39. *Exceptionem* etiam 30 vel quadraginta annorum... c. 8. §. 4. eod. — hujusmodi *exceptione opposita* — eandem *exceptionem*, quae ex triginta annis oritur, in hujusmodi casu *opponi* minime patimur — nullo modo triginta annorum *exceptione* sublata — c. 9. C. 7, 39. — tempora *exceptionum* currere — nullam *temporalem exceptionem opponi* — c. 1. §. 2. C. 7, 40. — *Omnis* autem *temporalis exceptio* — sive per triginta vel quadraginta annorum metas — c. 30. C. 5, 12 u. f. w.

17) Diese, ehemahls gewöhnliche, von Weber vorzüglich bestrittene, Ansicht wird in neuern Zeiten wieder vertheidigt von Linde (Proceß §. 131. Not. 12.), *Mühlenbruch* (Pand. §. 712. a. E.), Seufert (Pand. §. 31), Sommer (Abh. No. 1) u. Wening (Civ. R. B. 1. §. 50). Was von Seufert in dessen Fragmenten dafür gesagt wird, dies ist mir nicht bekannt.

remtoria entgegen steht [18]), debitor nur Derjenige, von dem die Erfüllung der obligatio erzwungen werden kann [19]), namentlich aber nicht Der, welchem eine exceptio perpetua zur Seite steht [20]). Obligatus heißt aus diesem Grunde nur Derjenige, der keine solche exceptio zu gebrauchen im Stande ist [21]). Gerade darum wird eine obligatio, der eine exceptio entgegen steht, als inanis [22]) und quasi nulla bezeichnet [23]) und gesagt, daß quasi nulla actio sey [24]). Aus demselben Grunde wird Demjenigen das Klagerecht abgesprochen, der durch eine exceptio perpetua abgewiesen werden kann [25]), und gesagt, es sey kein Unterschied, ob man keine Klage habe, oder ob diese per exceptionem entkräftet werde [26]). Darum können die in einem solchen Falle

---

18) *Creditor autem is est, qui exceptione perpetua submoveri non potest* — fr. 55. D. 50, 16. — fr. 42. §. 1. D. 44, 7. — fr. 10. D. 50, 16. — fr. 13. D. 50, 17.

19) Debitor intelligitur is, *a quo invito* exigi pecunia potest. fr. 108. D. 50, 16.

20) *Desinit debitor esse* is, *qui nactus est exceptionem* justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem. fr. 66. D. 50, 17.

21) Obligatum accipere debemus, *si exceptione se tueri non potest: ceterum si potest, dicendum non esse obligatum.* fr. 20. §. 3. D. 40, 12.

22) .. *Inanem* enim obligationem dimisit. fr. 8. §. 9. D. 16, 1. (Es ist hier die Rede von einer obligatio, der die exceptio SCti Vellejani entgegen steht) — .. inanis obligatio.... fr. 95. §. 2. D. 46, 3 — causa stipulationis, *quae propter exceptionem inanis esset* .... fr. 8. D. 13, 5.

23) ... quia superior *quasi nulla sit, exceptione obstante.* fr. 25. D. 45, 1.

24) ... debere dici, *quasi nulla actio sit, quae exceptione repellitur* .... fr. 7. §. 8. D. 4, 3.

25) fr. 5. §. 1. D. 19, 1. — fr. 2. §. 3. 4. D. 39, 5. — fr. 7. D. 44, 4.

26) Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. fr. 112. D. 50, 17.

aus Irrthum geleisteten Zahlungen sowohl [27]), wie die gegebenen Versprechungen condicirt werden [28]); darum fällt in einem solchen Falle die Compensation hinweg [29]), darum kann eine solche obligatio nicht mit Wirkung excipiendo benutzt [30]) und ebenso wenig als Grundlage accessorischer Rechtsgeschäfte gebraucht werden [31]). Von einer naturalis obligatio kann sonach hier in der Regel keine Rede seyn. — Alles dies heißt übrigens nicht, es sey völlig einerley, ob ein Recht ipso jure nicht Statt finde, oder ob es per exceptionem vernichtet sey [32]). Was per exceptionem vernichtet ist, dies wird vollkommen giltig und wirksam, so wie die exceptio aus irgend einem Grunde hinwegfällt oder ihre Wirkung verliert [33]). Ebenso behält es seine volle Wirksamkeit gegen alle Diejenigen, denen keine exceptio zur Seite steht.

Wenden wir diese Grundsätze auf solche Rechtsverhältnisse an, bey welchen die Klage durch Extinctiv-Verjährung erloschen oder eigentlich eine exceptio peremtoria wegen

---

27) fr. 26. §. 3. 7. fr. 40. D. 12, 6.

28) fr. 5. §. 1. D. 19, 1. — fr. 2. §. 3. 4. D. 39, 5. — fr. 7. D. 44, 4.

29) Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt. fr. 14. D. 16, 2.

30) Weil die derselben entgegenstehende Einrede als replica wirken muß.

31) fr. 2. D. 20, 3. — fr. 3. §. 1. D. 13, 5.

32) von Grolman u. v. Löhr Mag. B. 4. S. 146–48.

33) ... Aliquando evenit, *ut inanis obligatio* aditione hereditatis *confirmetur:* nam si heres qui restituerit ex Trebelliano hereditatem, fideicommissario heres extiterit: vel mulier, quae pro Titio intercesserat, eidem heres extiterit: *incipit obligatio civilis propter hereditatem ejus, qui jure tenebatur, auxilium exceptionis amittere* ... fr. 95. §. 2. D. 46, 3. — v. Grolman u. v. Löhr Magazin B. 3. S. 217–24. S. 292–303. S. 348. Not. 1.

Ablauf der gesetzlichen Zeit entstanden ist; so kann das Resultat nicht zweifelhaft seyn, wenn nicht besondere Gründe hier, wie in einigen speciellen Fällen [34], zu einem entgegengesetzten Resultate hinführen. Solcher Gründe kenne ich keine. Zwar führt man an, das Gesetz entziehe nur das Klagerecht, lasse aber eine naturalis obligatio bestehen: bleibt aber für Beydes den Beweis schuldig, denn was man anführt beruht nur auf selbst geschaffenen, durch Nichts positiv begründeten, Voraussetzungen. Zwar sagt man, die Extinctiv-Verjährung sey nicht in odium des Klägers eingeführt, es müsse also die Sache sich verhalten, wie bey dem SCto Macedoniano [35]: allein (ganz abgesehen davon, daß die exceptio SCti Macedoniani viel wirksamer ist, als man dies der exceptio triginta annorum zugestehen will) so ist die Voraussetzung unbegründet (s. o. No. 1.) und auf alle Fälle unsere Einrede zum Vortheile des Beklagten eingeführt, was bey der exceptio SCti Macedoniani nicht der Fall ist.

Zu demselben Resultate führt der Zweck der Extinctiv-Verjährung. Kann eine verjährte Forderung noch durch Exceptionen und Compensation geltend gemacht werden, so sind alte Processe nicht verhindert, es ist der debitor nicht allein gegen Chicanen nicht gesichert, sondern diesen noch um so viel mehr ausgesetzt [36]. Nicht minder deutlich geht die bisher vertheidigte Ansicht aus den hier einschlagenden Gesetzen hervor [37]. Schon Theodos fährt, nachdem er die exceptio triginta annorum eingeführt und verordnet hat,

---

34) fr. 9. 33. 51. D. 12, 6. — fr. 49. §. 1. D. 46, 1. — fr. 28. 60. D. 12, 6. — fr. 9. §. 4. 5. fr. 10. D. 14, 6.

35) fr. 40. D. 12, 6. — fr. 9. §. 4. 5. fr. 10. 11. D. 14, 6.

36) Sommer rechtswissenschaftliche Abhandlungen B. 1. No 1.

37) Stellen des ältern Rechts wie fr. 6. D. 44, 7. — fr. 37. D. 46, 1. sollen hier ganz übergangen werden.

daß nach 30 Jahren keine Klage mehr solle angestellt werden können, auf die folgende Weise fort:

...In *eandem* rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam, in judicium actione deducta, habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto curriculo, *tradita oblivioni ex diuturno silentio* comprobantur [38]).

Also dieselben Grundsätze sollen eintreten, wenn bewiesen werden kann, daß die angestellte Klage durch langes Stillschweigen der Vergessenheit übergeben worden sey. Daß in diesem Falle von einem Verluste des Klagerechtes nicht eigentlich gesprochen werden kann, dies scheint eben so klar, als wie, daß nur allein alsdann die Sache der Vergessenheit übergeben ist, wenn das ganze Recht nicht mehr kann geltend gemacht werden.

Daß Theodos wirklich die völlige Unwirksamkeit des Rechtes beabsichtigt habe, dies scheint Valentinian [39]) sehr deutlich zu bezeugen. Nach weitläuftigen, auch hier nicht unbedeutenden, Erörterungen fährt dieser Kaiser fort, — lex — Theodosii — humano generi *profunda quiete prospexit*, constituens, post triginta annos *nulla penitus jurgia, quae medio tempore mota non fuerant, excitari. — Nullum penitus cujuslibet litis aut causationis fomitem dereliquit.* — Post triginta annorum curricula nulla deinceps actio moveatur, et *negotium*, de quo per expressa tempora solenniter nemo pulsavit, *novum nemo proponat.* Wenn durch das Gesetz von Theodos dem menschlichen Geschlechte volle Beruhigung gewährt, wenn alle Gelegenheit zu Einwendungen und Processen abgeschnitten wird, wenn sich Niemand mehr auf ein so altes Geschäft berufen kann und wenn

38) c. 1. §. 1. C. Th. 4, 14.

39) Nov. Val. VIII. (Berl. Ausg. No. 70. §. 3. 4.)

keine Art von Streitigkeiten aus demselben erneuert werden dürfen: so hat es gewiß alle seine Wirksamkeit verloren, und nur dies kann Valentinian andeuten, wenn er am Schlusse der Verordnung sagt, ut post triginta annos *perniciosa* diversarum omnium causarum *propositio conquiesat*.

Ganz in demselben Sinne sagt Anastas, indem er die 40jährige Verjährung einführt, nullum *jus* privatum vel publicum in quacunque causa vel quacunque persona, quod praedictorum 40 annorum extinctum est jugi silentio, *moveatur:* sed quicunque super quolibet *jure*, quod per memoratum tempus inconcussum est, et sine ulla reipsa illata judiciaria conventione possedit; superque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla judiciali sententia *simili munitione potitus est*, *sit liber*, *et praesentis saluberrimae legis plenissima* munitione securus [40]. Ebenso sagt Justinian [41], daß Derjenige, gegen welchen die 30jährige Verjährung abgelaufen sey, *jure suo lapsus esse videatur*. — Wie kann wohl, bey so deutlich redenden Stellen, daran gedacht werden, daß hier, im Widerspruch mit den sonst geltenden Rechtsgrundsätzen, nur die Klage erlösche, das Recht dagegen im Uebrigen in voller Wirksamkeit bestehen bleibe?

4.

Die Streitfrage, ob bey uns die Einrede der Verjährung von dem Richter ergänzt werden könne, wenn die factischen Voraussetzungen derselben aus den Acten erhellen, der Beklagte sich dagegen nicht auf diese Einrede besonders beru-

40) c. 4. C. 7, 39.

41) c. 9. C. 7, 39. Daß die s. g. praescriptio litis pendentiae etwas Anderes sey, wie die Extinctiv-Verjährung, dies wird zwar oft behauptet, aber ohne allen Grund. Das Gegentheil geht schon daraus hervor, daß Beyde in einer Verordnung eingeführt worden sind. S. o. S. 76. Not. 38.

fen hat? Diese Streitfrage kann hier nicht wohl erörtert werden, da die Entscheidung derselben von rein processualistischen Gesichtspuncten abhängt, welche dem Gegenstande der gegenwärtigen Untersuchungen zu entfernt sind [42]. Dagegen dürfte es hier an seinem Orte seyn zu untersuchen, ob die für die verneinende Meinung in diesem Archive vorgebrachten Gründe [43], diese Ansicht zu begründen geeignet sind? Habe ich die dort angegebenen Gründe richtig aufgefaßt; so sind es im Wesentlichen die Folgenden:

Der Richter sey Leiter und Beurtheiler des Processes, nicht aber Anwald der Partheyen. Darum könne er zwar unaufgefordert untersuchen, an actio fundata sit, der Regel nach aber keine Einreden ergänzen, solche abgerechnet, welche den Rechtsbestand des Processes betreffen. Die Verjährung vernichte das Recht des Klägers nicht, sie nehme ihm auch seine Klage nur per exceptionem und lasse das Recht sonst vollkommen wirksam (bey Forderungen also als naturalis obligatio) bestehen. Die, die Verjährung einführenden, Gesetze seyen nicht verbietend, sondern begründeten nur einen privatrechtlichen Vortheil des Beklagten, dem dieser entsagen könne und den dieser nur dann erhalte, wenn er ihn haben wolle und dieses erkläre. Die Verjährung sey ein factum, das gerade darum von dem Richter nicht ergänzt werden könne.

Die zuletzt angegebene Bemerkung ist sicher ungegründet. Wenn alle, die Verjährung begründenden, facta in den Partheyschriften enthalten sind; so ist es eine reine Rechtsfrage, ob Verjährung vorhanden sey und was diese wirke? Ebenso ist es, wie in dem vorhergehenden Aufsatze bewiesen worden ist, ungegründet, daß das verjährte Recht noch Wirksamkeit behalte. Es bleibt sonach nur die Frage übrig, ob die übrigen Argumente Das beweisen, was sie beweisen

42) S. übrigens Pfeiffer practische Ausführungen I. 2.

43) B. 1. H. 3. No 28. 29.

sollen? Dies scheint mir, wenigstens wenn man von den, in den beyden Abhandlungen aufgestellten, Gesichtspuncten ausgeht, nicht der Fall zu seyn.

Beyde Abhandlungen stimmen darin überein, daß es Fälle gebe, in welchen der Richter ergänzen, oder, wenn man lieber will, actenmäßige Thatsachen berücksichtigen könne, wenn sich auch nicht ausdrücklich darauf berufen worden ist: es ist also gerade die Streitfrage, ob das lange Stillschweigen des Klägers zu diesen Thatsachen gehöre? Nicht aus dem allgemeinen Grundsatze, sondern aus der Besonderheit dieses Falles, läßt sich hiernach die ganze Sache beurtheilen, und hier scheinen die in beyden Abhandlungen aufgestellten Grundsätze geradezu zu dem entgegengesetzten Resultate zu führen. Beyde Abhandlungen stimmen darin überein, daß da, wo das Gesetz die Klage verbiete, dies von dem Richter ex officio zu berücksichtigen sey. Wie kann deutlicher ein solches Verbot eingelegt werden, als dies in den oben S. 67. Not. 4. S. 71. Not. 12. u. S. 76, 77. excerpirten Stellen geschehen ist? Beyde stimmen darin überein, daß der Richter von Amtswegen zu untersuchen habe, ob die Voraussetzungen des Klagerechtes vorhanden seyen? und Einreden ergänzen könne, welche den Rechtsbestand des Processes an sich betreffen. Zu diesen rechnet Hr. Hofrath von Krüll »das Abseyn von Thatsachen, mit welchen der Partheyen Legitimation zur Sache activ und passiv bedingt ist. S. 404.« und geht hierin so weit, daß er S. 409. 410. sogar dem Richter gestattet, die s. g. exceptio non ad impleti contractus zu ergänzen, die denn doch nur eine dilatorische, von den gewöhnlichen Einreden sich gar nicht unterscheidende, auf keinem Prohibitivgesetze beruhende, nur den privatrechtlichen Vortheil des Klägers bezweckende, Einrede ist. Wenn der Gesetzgeber sagt: *nemo audeat* cujuscunque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis *interpretari* und sich sonst äußert, wie oben

angegeben worden: so gehört es doch wohl zu den Voraussetzungen des Klagerechtes, daß die Klage nicht verjährt sey.

5.

Wenn Sommer[44]) sagt, »daß alle die Einreden, neben welchen auch eine Klage Statt findet, bey der Verjährung dieser Klagen mit erlöschen;« so drückt er sich wenigstens undeutlich aus. Richtiger stellt die Sache Mühlenbruch, wenn er bemerkt: exceptiones plerumque non excluduntur tempore, praeterquam si etiam actio, eadem ex causa descendens, praescriptione peremta est[45]), denn nur da, wo das verjährte Recht excipiendo vorgebracht wird, kann von dem Gebrauche der replica temporalis die Rede seyn. Völlig ungegründet scheint es dagegen zu seyn, wenn Mühlenbruch in der Note behauptet, daß die von ihm aufgestellte Regel bey den temporariae actiones keine Anwendung leide. Die Gründe, welche für die actiones perpetuae entscheiden, entscheiden auch hier, ja es werden sehr häufig noch neue hinzukommen[46]): besondere Gegengründe kenne ich wenigstens keine. Das fr. 5. §. 6. D. 44, 4. und die c. 5. C. 8, 36. könnten höchstens für zwey specielle Fälle beweisen, aber nicht für alle actiones temporariae. Auch für diese Fälle beweisen sie übrigens Nichts. Schon Sommer hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß Niemand gleichzeitig die actio und exceptio doli habe. Die Bedingungen, unter welchen das Klagerecht erlischt, treten also auch nicht ein bey der exceptio, die ohnehin einen viel weiteren Umfang hat, wie die Klage. Das fr. 5. §. 6. entscheidet also gar nicht für den Fragefall. Ebensowenig die c. 5. Ich will mich, um dies zu begründen, gar nicht darauf berufen, daß der Ge-

---

44) a. a. O. S. 23.

45) Doctrina pand. §. 712 in fin.

46) Sommer a. a. O. S. 24—53.

walltthätige, dem hier die exceptio entgegen stehen soll, durch die Abforderung der Sache sich bereichern würde, und daß selbst das Interdict in id quod pervenit perpetuum ist: nur das will ich bemerken, daß nirgens gesagt wird, das verjährte Recht könne excipiendo vorgebracht werden. Wer sagt uns denn, daß der Vertriebene im Fragefalle erst nach verjährtem Interdicte den Besitz wieder erhalten hat; wer sagt uns ferner, daß die hier gestattete Einrede die exceptio vis gewesen sey? Nur wenn Beides der Fall wäre, würde von einer Ausnahme, aber immer nur in diesem einzelnen Falle, gesprochen werden können.

6.

In der c. 8. pr. C. 7, 39. giebt Justinian Demjenigen eine vindicatio, der durch die longi temporis exceptio gedeckt ist[47]). In dem §. 1. derselben Stelle ertheilt er Demjenigen, der durch die longissimi temporis praescriptio gesichert ist, dieselbe Klage, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit. Dem m. f. possessor soll keine Klage zustehen. Im Gegentheile soll, wenn dieser nachher den Besitz verliert, der Eigenthümer und Pfandgläubiger von dem dritten unrechtlichen Besitzer zu vindiciren berechtigt seyn. Der letzte Theil dieser Verordnung, so vielfach auch darüber gesprochen worden ist, scheint sehr natürlich in der Sache gegründet. Die Extinctiv-Verjäh-

47) Bey dieser Gelegenheit bemerkt er: hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. Diese Aeußerung ist schon Vielen ein Anstoß gewesen, mir scheint sie keine Schwierigkeit zu haben. Schon vor vollendeter longi temporis possessio hat der Besitzer die publiciana in rem actio, d. i., eine utilis formula petitoria. Diese behält er natürlich auch nachher, erhält aber noch den Vortheil, daß er sich, selbst gegen den wahren Eigenthümer, replicando auf das longum tempus beziehen und sonach gegen Jeden die Klage mit Wirkung anstellen kann.

rung vernichtet allerdings nicht allein die Klage, sondern auch das Recht: sie vernichtet aber Beides nur per exceptionem. Beide fallen sonach nur in dem Verhältnisse zu Demjenigen hinweg, der die exceptio hat. Im concreten Falle hat der unrechtliche Besitzer keine Einrede, da er sein Recht nicht ableitet von Dem, dem die praescriptio zusteht und noch selbst keine 30 Jahre besessen hat. Gegen ihn muß hiernach das Recht des Eigenthümers volle Wirkung haben.

7.

Mit der Pfandschuld erlischt das Pfand, nicht allein, wenn jene ipso jure [48]), sondern auch, wenn sie per exceptionem aufgehört hat [49]). Mit dem Pfandrechte geht natürlich auch die Pfandklage zu Grund. Gehen wir von diesen und den oben unter No. 3. entwickelten Gesichtspuncten aus; so muß auch Pfandrecht und Pfandklage erlöschen, wenn der Forderung die Extinctiv-Verjährung entgegen steht. Dies Letzte wird häufig geläugnet und behauptet, daß in Ansehung der hypothekarischen Klage gegen den Schuldner die Eigenheit vorhanden sey, daß sie, wenn gleich die Hauptverbindlichkeit verjährt sey, doch noch zehen Jahre darüber hinaus fortdauere [50]).

Fragt man nach den Gründen einer solchen Behauptung, so wird sich gewöhnlich berufen vorerst auf c. 2. C. 8, 31. Diese Stelle ist ein Rescript von Gordian und enthält nur allein die folgenden Worte:

---

48) fr. 11. §. 1. 2. D. 13, 7. — fr. 4. D. 20, 4. — fr. 6. pr. D. 20, 6. — fr. 75. D. 46, 3. — c. 19. C. 4, 32.

49) fr. 17. §. 2. D. 2, 14. — fr. 5. pr. D. 20, 6.

50) Wening Civilrecht. B. 1. §. 50. — Wer die Fortdauer einer natürlichen Verbindlichkeit annimmt, wie Weber, kann freylich Nichts Besonderes in einer solchen Bestimmung finden, wie denn auch Mackeldey Aufl. 7. §. 327. Not. a. die Fortdauer des Pfandrechtes unbedenklich annimmt.

Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota.

Dies erklärt man nun so, als habe der Kaiser gesagt, wenn die Klage aus der Forderung durch Extinctiv-Verjährung erloschen sey, so bleibe das für diese Forderung bestellte Pfandrecht bestehen. Allein wo steht denn ein Wort davon, daß in dieser Stelle von der Extinctiv-Verjährung gesprochen werde? Von der praescriptio longissimi temporis kann nicht einmal hier die Rede seyn, da diese erst von Theodos II. eingeführt worden ist. Der Sinn der Constitution ist, wie schon Linde richtig angibt [51], einfach der folgende: du mußt wissen, daß auch für eine naturalis obligatio ein Pfandrecht Statt finden kann.

Sodann führt man an die c. 7. §. 1. C. 7, 39. Hier sagt Justin, die actio hypothecaria dauere gegen den Schuldner und dessen Erben 40 Jahre und fügt hinzu: in actione scilicet personali his custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit justitia. In den gewöhnlichen Fällen wird die persönliche Klage schon in 30 Jahren verjährt. Hieraus rechnet man nun die actio personalis dauert 30, die hypothecaria 40 Jahre, also diese 10 Jahre länger, wie jene. Bey dieser ganzen Berechnung scheint vergessen, daß eine Verjährung der hypothecaria actio beginnen kann, obschon in Beziehung auf die personalis actio keine zu laufen anfängt und daß in der Verordnung nur allein in Betreff der Verjährung jener Klage Etwas Neues eingeführt wird.

So wenig sich aus dem Umstande, daß die Ersitzung 3, 10, 20 Jahre erfordert, die Klagen aber erst nach 30—40 Jahren erlöschen, schließen läßt, daß der Eigenthümer, der sein Eigenthum durch longi temporis possessio verloren hat, noch 27, 20, 10 Jahre nachher die Eigenthumsklage

51) Proceß. §. 131. Not. 12.

anstellen könne: eben so wenig läßt sich aus den Angaben unseres Gesetzes Etwas folgern.

Zu was sollte denn auch die Fortdauer der Pfandklage Statt finden, wenn Forderung und Pfandrecht erloschen sind oder auch nur jene aufgehört hat? — Vor Justin wurde die hypothecaria actio, insofern sie gegen den Schuldner oder dessen Erben angestellt wird, gar nicht verjährt: erst durch das in Frage stehende Gesetz ist die 40jährige Verjährung eingeführt worden. Hätte diese Klage nach Verjährung der personalis actio noch irgend eine Wirksamkeit haben können: so würde gerade hierin, sogar durch die Worte der Constitution von Theodos, ein Mittel gegeben worden seyn, die ganze Verordnung zu vereiteln.

8.

Theodos II. sagt:

> Nec sufficiat precibus oblatis speciale quoddam, licet per adnotationem, meruisse responsum, vel etiam judiciis allegasse, nisi, allegato sacro rescripto, aut in judicio postulatione deposita, fuerit subsecuta (per executorem) conventio [52].

Dagegen hatte schon Arcadius der bloßen oblatio precum bei den temporales actiones die Wirkung der litis contestatio ertheilt [53] und Justinian bestimmt eas tantummodo per oblationem precum et ad eas rescripta perpetuari, quae a Praetore constitutae annali tempore coarctatae sunt [54]. Daß diese Verordnung im Justinianschen Rechte Anwendung habe, ist nicht zu bezweifeln: eine große Frage ist es dagegen, ob und wie sie bey uns Anwendung leiden könne?

---

52) c. 1. C. Th. 4, 14. — c. 3. C. 7, 39.

53) c. 1. C. 1, 20. — c. 8. C. Th. 1, 2.

54) c. 2. C. 1, 20.

Unter Constantin und nachher gab es vorzüglich zwey Formen einen Rechtsstreit zu beginnen. Entweder, man postulirte und impetrirte eine formula [eine Förmlichkeit, die von dem alten Verfahren per formulam übrig geblieben war und erst durch Theodos II. und auch hier nicht ganz aufgehoben wurde [55]) und ließ diese dem Gegner durch den executor mittheilen [56])] oder, man postulirte und impetrirte ein kaiserliches Rescript, das die Stelle der formula vertrat, producirte es bey Gericht und ließ es dem Beklagten durch den executor insinuiren [57]). Nur auf diese beyden Formen des Verfahrens beziehen sich die oben angegebenen Verordnungen. Die praescriptio triginta annorum soll erst durch die conventio per executorem, die Verjährung der actiones praetoriae annales schon durch impetratio rescripti, aber nicht durch postulatio actionis unterbrochen werden. Bey uns, wo der Regent nicht der höchste Richter ist und noch weniger schon in erster Instanz angegangen werden kann, wo die Formen des Verfahrens wesentlich von den Römischen abweichen, kann von einer unmittelbaren Anwendung der c. 2. C. 1, 20. keine Rede seyn: aber auch mittelbar dürfte wohl schwerlich von einer Anwen-

---

55) c. 1. C. Th. 2, 3. Meine Uebersicht der Constitutionen von Theodos II. bis auf Justinian S. 51. Not. 2. S. 77. Not. 1.

56) c. 2. C. Th. 2. 4. Diese Stelle sagt freylich nur, die denunciatio (d. i. die Mittheilung der formula und Ladung vor das Gericht) solle nicht mehr privata auctoritate, sondern bey einer Behörde geschehen, die ein Protocoll aufnehmen kann: allein hierdurch würde der Beklagte keine Kenntniß erhalten haben, wenn nicht eine Mittheilung erfolgt wäre. In der Folge wenigstens wird der executor bestimmt als die Person genannt, durch welche die Mittheilung geschieht und an welche der Beklagte die sportulae zu bezahlen hat.

57) Hier mag nur auf meine Uebersicht der Constitutionen von Constantin bis auf Theodos S. 22 ff. verwiesen werden.

dung gesprochen werden können. Ich wenigstens wüßte keine Handlung anzugeben, die in unserem Processe die Stelle des kaiserlichen Rescriptes vertreten könnte, wenn man dieses als einen Gegensatz der impetratio formulae betrachtet.

9.

Auch durch das Anbringen einer Klage bey dem Schiedsrichter kann, nach Justinians Verordnung, die Extinctiv-Verjährung unterbrochen werden. Der Kaiser äußert sich hierüber folgendermaßen: Licet non ignoremus Julii Pauli opinionem, et aliorum certorum prudentium, qui t. tigerunt quidem hujusmodi quaestionem, quam in praesenti adgredimur, non autem peritissime peregerunt, sed usque ad quasdam actiones temporales standum esse existimaverunt: *plenius autem et generaliter definimus, conventum in scriptis apud compromissarium judicem factum ita temporis interruptionem inducere, quasi in ordinario judicio lis fuisset inchoata* [58]).

10.

Im alten Römischen Rechte waren alle Fälle der in integrum restitutio an die Frist eines anni utilis gebunden. Constantin änderte dies in zwey besondern Fällen. Vorerst sollte die actio de dolo binnen einem annus continuus angestellt und binnen zwey Jahren vom Augenblicke der impetrata actio beendigt werden [59]). Dies ändert Justinian stillschweigend dahin, daß der Proceß binnen einem biennium continuum angefangen und entschieden seyn muß [60]). Ferner verordnete Constantin, daß die Restitution wegen Minderjährigkeit nachgesucht und erlangt worden seyn müsse in Rom und dem Umkreise

58) c. 5. §. 1. C. 2, 56. Goldschmidt Abh. aus dem Civ. Proc. S. 111.
59) c. 1. C. Th. 2, 15.
60) c. ult. C. 2, 21.

am Ende des 30sten Jahres des gewesenen Minderjährigen, in Italien am Ende des 29sten, in den Provinzen am Ende des 28sten Jahres [61]. Justinian läßt diese Bestimmungen in der von ihm aufgenommenen Constitution hinweg [62]) und verordnet in einem eignen Gesetze [63]) das Folgende:

Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus *et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari* ex die, ex quo annus utilis currebat: et *id tempus totis locis* [64]) *esse commune: ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est.*

Quod non solum in minorum restitutionibus (quibus utilis annus incipit currere ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit); *sed etiam in majorum hoc idem adhiberi sancimus: ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur* ad interponendam contestationem, finiendamque litem. Et *quemadmodum omnis minor aetas* excipitur in *minorum* restitutionibus: *ita et in majorum, tempus in quo Reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur:* et non absimilis sit in hac parte *minorum et majorum* restitutio.

Was durch dieses Gesetz verordnet worden, dies ist im höchsten Grade bestritten. Meiner Ansicht nach ist für die in

61) c. 2. C. Th. 2, 16.
62) c. 5. C. 2, 53.
63) c. 7. C. 2, 53.
64) so lesen Manuscripte des Rußard statt totius loci.

integrum restitutio überhaupt darin Nichts geändert, sondern nur allein bestimmt erstens, daß Statt der 3, 4, 5 Jahre, welche bey der in integrum restitutio *minorum* an die Stelle des anni utilis nach Verschiedenheit der Orte getreten waren, in Zukunft überall gleichförmig ein quadriennium continuum für Nachsuchen und Erlangung der Wiedereinsetzung gelten, zweytens, daß bey der in integrum restitutio *majorum* wegen Abwesenheit ebenfalls kein annus utilis, sondern ein quadriennium continuum eingehalten werden solle.

Allerdings scheinen die Worte des ersten Absatzes der Constitution sehr allgemein zu lauten: dem ganzen Zusammenhange nach gehen sie jedoch nur auf die Restitution der Minderjährigen. Die Verschiedenheit des annus utilis soll aufhören und an allen Orten des Reiches eine und dieselbe Zeit von vier Jahren gelten, weil es abgeschmackt sey für Rom, für Italien und für die Provinzen, nur allein der differentia locorum wegen, dieses Jahr verschieden zu berechnen. Diese Verordnung kann nur auf diejenigen Fälle der Restitution gehen, wo wirklich eine solche Art der Berechnung Statt fand, also nur auf die Restitution der Minderjährigen.

Daß dieses Raisonnement gegründet sey, dies sagt der Kaiser selbst gleich im Anfange des zweyten Absatzes, wenn er fortfährt, daß nicht allein bey der Restitution der Minderjährigen, sondern auch bey der der Großjährigen der annus utilis in ein quadriennium continuum verwandelt werde. Hierdurch spricht er deutlich aus, daß das Vorhergehende sich nur allein auf jene Art der i. i. r. bezog: meine Meinung ist sonach gerechtfertigt, wenn in dem zweyten Absatze nicht mehr, als das oben Zugegebene, enthalten ist. Daß dies der Fall sey, dies wird sich leicht zeigen lassen.

Dafür spricht schon der gewöhnliche Sprachgebrauch. Unter restitutio majorum wird überall nur die Restitution

wegen Abwesenheit verstanden [65]; dafür spricht nicht minder der Zusammenhang des Gesetzes. In die vier Jahre der majores soll die Zeit nicht eingerechnet werden, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis fuerint occupati; ebensowenig, wie bey den Minderjährigen die Zeit der minor aetas, und zwar, damit beyde Fälle der Restitution sich in Beziehung auf Zeit und ihre Berechnung gleich stehen. Bey welcher Art der Restitution kann nun aber diese absentia und diese occupatio vorkommen, wenn man absieht von der wegen Abwesenheit?

Das Resultat des Ganzen ist, der annus utilis, der oft genug in Justinians Compilation genannt wird, ist noch immer die regelmäßige Zeit der Verjährung bey der r. i. i.; bey der actio de dolo muß dagegen in zwey, bey der in integrum restitutio minorum et majorum in vier Jahren die Wiedereinsetzung nachgesucht und erlangt werden.

---

65) Es reicht wohl hin, sich auf Dig. 4, 6. u. Cod. 2, 54. zu beziehen.